

La riforma della pubblica amministrazione: le novità in tema di società a partecipazione pubblica

Sergio Foà

SOMMARIO

1. Introduzione e ambito di riferimento. – 2. Discipline speciali e esclusioni. – 3. Le partecipazioni necessarie. – 4. Le scelte organizzative. – 5. La responsabilità degli enti pubblici partecipanti. – 6. Affidamenti *in house* (sanabili) e personale.

1. Introduzione e ambito di riferimento

L'oggetto della relazione è l'esame dello «*Schema di decreto legislativo recante il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche"*». Il carattere di non definitività del testo di legge unito alla brevità e alla sintesi richieste dal contesto impongono di procedere ad una rapida disamina dello schema di decreto legislativo che dà attuazione alla riforma Madia sul tema delle società a partecipazione pubblica e della loro razionalizzazione.

Verranno pertanto evidenziati gli elementi più importanti dello schema di decreto legislativo, anche attraverso i rilievi che il Consiglio di Stato, in sede di parere, ha formulato sul testo medesimo e quali prospettive in questo periodo si possono avanzare su una possibile modifica dell'articolato, che effettivamente appare perfettibile sotto numerosi profili.

Il "Testo Unico" – così è stato denominato – è un decreto ambizioso perché ha la finalità di riformulare le "norme sparse" che si sono accumulate negli anni, spesso stratificandosi in leggi finanziarie, prima, o successivamente nelle leggi di stabilizzazione o in norme di legge che, a vario titolo, hanno mirato

alla razionalizzazione della spesa pubblica¹. Il quadro attuale ante-riforma è

¹ L'art. 18 della legge n. 124/2015 formula la delega di riferimento nei termini che seguono: «1. Il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza, con particolare riferimento al superamento dei regimi transitori, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi, che si aggiungono a quelli di cui all'articolo 16:

a) distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa;

b) ai fini della razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale; applicazione dei principi della presente lettera anche alle partecipazioni pubbliche già in essere;

c) precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate;

d) definizione, al fine di assicurare la tutela degli interessi pubblici, la corretta gestione delle risorse e la salvaguardia dell'immagine del socio pubblico, dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, anche al fine di garantirne l'autonomia rispetto agli enti proprietari;

e) razionalizzazione dei criteri pubblicistici per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi, tenendo conto delle distinzioni di cui alla lettera a) e introducendo criteri di valutazione oggettivi, rapportati al valore anche economico dei risultati; previsione che i risultati economici positivi o negativi ottenuti assumano rilievo ai fini del compenso economico variabile degli amministratori in considerazione dell'obiettivo di migliorare la qualità del servizio offerto ai cittadini e tenuto conto della congruità della tariffa e del costo del servizio;

f) promozione della trasparenza e dell'efficienza attraverso l'unificazione, la completezza e la massima intelligibilità dei dati economico-patrimoniali e dei principali indicatori di efficienza, nonché la loro pubblicità e accessibilità;

g) attuazione dell'articolo 151, comma 8, del Testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, in materia di consolidamento delle partecipazioni nei bilanci degli enti proprietari;

h) eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo;

i) possibilità di piani di rientro per le società con bilanci in disavanzo con eventuale commissariamento;

l) regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e

dato da un insieme stratificato di disposizioni che, in effetti, non danno un quadro completo della materia e che, di conseguenza, incrementano le difficoltà sul piano applicativo. Complicazioni che crescono per gli enti funzionali, se si tiene e a mente che la matrice della riforma è pensata per gli enti territoriali. Ad esempio, l'Università di Torino ha recentemente affrontato e tentato di risolvere i numerosi problemi antinomici insorti nel coniugare le diverse forme di dismissione obbligatoria in relazione alle proprie partecipazioni a società pubbliche.

La complessità della questione è in gran parte dovuta alla frammentarietà

società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato;

m) con riferimento alle società partecipate dagli enti locali:

1) per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative, definizione di criteri e procedure per la scelta del modello societario e per l'internalizzazione nonché di procedure, limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione e la razionalizzazione di partecipazioni, anche in relazione al numero dei dipendenti, al fatturato e ai risultati di gestione;

2) per le società che gestiscono servizi pubblici di interesse economico generale, individuazione di un numero massimo di esercizi con perdite di bilancio che comportino obblighi di liquidazione delle società, nonché definizione, in conformità con la disciplina dell'Unione europea, di criteri e strumenti di gestione volti ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico e ad evitare effetti distorsivi sulla concorrenza, anche attraverso la disciplina dei contratti di servizio e delle carte dei diritti degli utenti e attraverso forme di controllo sulla gestione e sulla qualità dei servizi;

3) rafforzamento delle misure volte a garantire il raggiungimento di obiettivi di qualità, efficienza, efficacia ed economicità, anche attraverso la riduzione dell'entità e del numero delle partecipazioni e l'incentivazione dei processi di aggregazione, intervenendo sulla disciplina dei rapporti finanziari tra ente locale e società partecipate nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica e al fine di una maggior trasparenza;

4) promozione della trasparenza mediante pubblicazione, nel sito internet degli enti locali e delle società partecipate interessati, dei dati economico-patrimoniali e di indicatori di efficienza, sulla base di modelli generali che consentano il confronto, anche ai fini del rafforzamento e della semplificazione dei processi di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle amministrazioni pubbliche partecipanti e delle società partecipate;

5) introduzione di un sistema sanzionatorio per la mancata attuazione dei principi di razionalizzazione e riduzione di cui al presente articolo, basato anche sulla riduzione dei trasferimenti dello Stato alle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni in materia;

6) introduzione di strumenti, anche contrattuali, volti a favorire la tutela dei livelli occupazionali nei processi di ristrutturazione e privatizzazione relativi alle società partecipate;

7) ai fini del rafforzamento del sistema dei controlli interni previsti dal Testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, revisione degli obblighi di trasparenza e di rendicontazione delle società partecipate nei confronti degli enti locali soci, attraverso specifici flussi informativi che rendano analizzabili e confrontabili i dati economici e industriali del servizio, gli obblighi di servizio pubblico imposti e gli standard di qualità, per ciascun servizio o attività svolta dalle società medesime nell'esecuzione dei compiti affidati, anche attraverso l'adozione e la predisposizione di appositi schemi di contabilità separata».

della materia ed alla difficoltà del coordinamento, anche sostanziale, tra alcune norme contenute nelle leggi finanziarie con le norme sopraggiunte negli anni successivi. Sotto il profilo della frammentarietà, quindi, c'è bisogno sicuramente di un testo che faccia chiarezza.

Il testo in commento ha l'obiettivo di fare chiarezza innanzitutto dicendo quale sia la disciplina applicabile a ciascuna delle differenti tipologie di società e con quali modalità si debba applicare. La prima finalità che il testo si prefigge è dunque quella di capire "quali" siano le norme applicabili e, soprattutto, "a chi" ovvero a quale tipologia di enti societari si applichino.

Si tratta anzitutto di una norma a carattere generale: dispone che le norme pubblicistiche che sono contenute in questo testo sono norme che regolano le società partecipate e le società controllate di pubbliche amministrazioni, mentre solo laddove queste stesse norme non siano puntualmente applicabili si applica la disciplina generale del codice civile e la disciplina contenuta nelle leggi speciali².

Questa è una prima notazione che non è stata apprezzata dal Consiglio di Stato, come evidenziato nel parere obbligatorio reso sul testo del decreto³. Il Consiglio di Stato afferma che l'espressione "leggi speciali" dovrebbe essere declinata meglio, perché un riferimento generico alle leggi speciali lascia pensare a un substrato normativo poco chiaro mentre, invece, sarebbe opportuno articolare la locuzione in norme generali del diritto pubblico e norme generali del diritto privato, del diritto commerciale, del diritto societario in senso più specifico.

2. Discipline speciali e esclusioni

Le tipologie di discipline speciali che questa normativa fa salve sono quelle dedicate ai servizi pubblici ovvero – ma occorre fare chiarezza – ai servizi di interesse generale o servizi di interesse economico generale, per utilizzare la terminologia del diritto dell'Unione Europea, secondo quanto la giurisprudenza europea ci ha insegnato. Qui timidamente il legislatore prova a circoscrivere il campo della "disciplina speciale" alle fondazioni di partecipazione ed agli enti associativi diversi dalle associazioni e dalle società. Quindi – per chiarire

² Cfr. art. 1, comma 3: *«per quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e in leggi speciali»*.

³ Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016, parere 21 aprile 2016, n. 968/2016.

l'ambito di applicazione del Testo Unico – si tratta di una disciplina che si applica soltanto alle società partecipate ed alle controllate di cui lo stesso testo di legge dà definizione. Per il resto, là dove il testo non se ne occupa, si applicano il codice civile e le leggi o pubblicistiche “di diritto amministrativo” o “di diritto privato commerciale”, che trattano degli altri soggetti giuridici a veste societaria. Qualora invece si tratti di enti associativi che non assumono veste societaria o di fondazioni, si applica la disciplina speciale.

A margine occorre rilevare che anche in questi casi – ma la legge Madia non si è spinta a tanto – sarebbe bene avere previsto una disciplina che regolasse le fondazioni di partecipazione, che oggi la Corte dei Conti fa spesso fatica a inquadrare e spesso ne vede un utilizzo strumentalmente distorto e insincero, dissimulando le finalità proprie dello strumento societario, specie nei casi in cui lo scopo perseguito è formalmente sociale ma nasconde una gestione a rilevanza indiretta di tipo commerciale.

Un'ulteriore notazione del Consiglio di Stato riguarda il comma 6 dell'art. 1, che disciplina la modalità di esclusione che può essere disposta con l'adozione di un «*decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, anche al fine di agevolarne la quotazione ai sensi dell'art. 18, che può essere deliberata l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente decreto a singole società a partecipazione pubblica*».

La norma oggetto di attenzione è una disposizione che ricorre in tanti decreti delegati della legge Madia e consiste in una sorta di affidamento della regolazione della materia allo strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, destinato a sollevare molteplici questioni sulla relativa collocazione nel sistema delle fonti. A un d.P.C.M., che verrà approvato secondo una certa sequenza procedimentale e cioè su proposta del Ministero dell'economia e delle finanze o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, è affidato il compito di “deliberare” (da notare tra l'altro l'uso improprio del termine) o meglio di decidere l'esclusione totale o parziale dall'applicazione delle disposizioni del medesimo decreto (quindi di quello di cui stiamo parlando) a singole società a partecipazione pubblica.

Sorge spontaneo domandarsi se si tratti di una delega in bianco conferita dalla legge al d.C.P.M., previa proposta del M.E.F., oppure di qualche cosa di diverso. A tal proposito occorre osservare che il comma 6 enuclea rapidamente i criteri sulla base dei quali il d.C.P.M., a cavallo tra atto normativo e atto di alta amministrazione, dovrà motivare le ragioni dell'esclusione: il riferimento

è alla misura e alla qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici ad essa connessi e al tipo di attività svolta.

Sostanzialmente il comma in questione dispone che il d.C.P.M. debba essere motivato e che la motivazione non possa che essere riferita, trattandosi di società a partecipazione pubblica, alla tipologia di partecipazione e anche alla misura della partecipazione. Il riferimento alla “misura” sollecita immediatamente un richiamo alle società prevalentemente in mano pubblica o alle società che, invece, sono in mano pubblica minoritaria, ma queste sono solo uno degli elementi su cui il d.C.P.M. dovrà motivare le ragioni di esclusione.

Il Consiglio di Stato – come era del resto prevedibile – ha argomentato che una tale scelta del legislatore collide o potenzialmente può collidere con il principio di legalità in senso sostanziale, perché il d.C.P.M., per quanto possa essere rafforzato il procedimento che precede la sua emanazione, è pur sempre un atto amministrativo o di alta amministrazione e, come nel caso di cui ci stiamo occupando, andrebbe di fatto impropriamente ad incidere sull'applicazione di una norma disposta da una fonte del diritto primaria, unica abilitata ad esercitare tale potere. Per queste ragioni quindi il Consiglio di Stato resta fortemente perplesso sull'indicazione prevista dal decreto.

È tuttavia necessario ricordare che il Consiglio di Stato è chiamato a esprimere sul testo parere obbligatorio ma non vincolante, sicché potrebbe verificarsi che il testo definitivo del decreto in esame non ne recepisca i rilievi. Così è accaduto anche con il Codice dei contratti pubblici, recentemente entrato in vigore (il 18 aprile u.s.), il d.lgs. n. 50/2016. Anche in quell'occasione il Consiglio di Stato aveva mosso numerosi rilievi allo schema predisposto dal Consiglio dei Ministri, ma questi per ragioni di tempo in gran parte non sono stati recepiti nell'emanazione definitiva del testo poi diventato decreto legislativo.

3. Le partecipazioni necessarie

Per rimanere aderenti all'obiettivo di enucleare alcune criticità rilevabili nello schema di decreto, senza pretesa di sistematicità nell'analisi, ci limitiamo ad evidenziare che l'art. 2 fornisce l'elenco delle definizioni terminologiche della materia. A tal proposito occorre semplicemente rilevare la presenza di una utile e agognata trasposizione all'interno del testo di legge delle voci che in passato erano affidate *tout court* alla giurisprudenza. Si riscontra – per esempio – la definizione di *controllo analogo* in caso di affidamenti *in house*, o di *controllo analogo congiunto*, allo scopo di comporre le possibili divergenze interpretative. Fino ad ora queste erano disposizioni riservate prevalen-

temente alla giurisprudenza, timidamente introdotta e recepita in alcune limitate normative di settore.

Meritano a tale proposito di essere segnalate le lett. *h*) e *i*) dell'art. 2, riportanti le definizioni di *servizi di interesse generale* e di *servizi di interesse economico generale* che attestano come, con uno sforzo notevole, il nostro legislatore abbia finalmente recepito indicazioni che la giurisprudenza dell'Unione europea fin dal 2003 ha fornito e che tendenzialmente già il libro verde aveva prospettato ai vari Stati membri.

Il successivo art. 3 dispone quali siano i tipi di società per le quali è ammessa la partecipazione pubblica. In questo caso la scelta compiuta dal legislatore è stata – per così dire – aderente al c.d. “Piano Cottarelli”, evocativo del trascorso tentativo del commissario di razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica attraverso un prospettato piano di revisione articolato e severo.

Come si ricorderà, il piano Cottarelli prevedeva sanzioni pecuniarie assai gravose qualora gli enti pubblici non avessero dismesso le partecipazioni che non rispondevano ai criteri ivi enucleati, nonché precise responsabilità in capo agli amministratori evidentemente inadempienti. Tuttavia, in sede di approvazione della legge n. 190/2014, il testo venne mitigato e la norma giuridica che ne scaturì fu una norma imperfetta, cioè una norma giuridica che non prevede sanzioni nel caso della sua violazione.

La conseguenza inevitabile fu l'*impasse* del processo di dismissione. Gli enti territoriali che comunque decisero di applicare la disposizione, procedendo ad una dismissione *ex lege* (*sic!*) delle proprie partecipazioni, si trovarono disarmati qualora il partner privato, o gli stessi organi societari, fossero inadempiente e non rispondessero alla decisione dell'ente pubblico partecipante.

Ora le previsioni sugli adempimenti strumentali alla razionalizzazione sono presidiati da sanzioni: l'art. 20, dedicato alla “razionalizzazione periodica” delle partecipazioni (mediante analisi annuale e piani di razionalizzazione”, prevede al comma 7 che la mancata adozione degli stessi atti comporta la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da un minimo di euro 5.000 a un massimo di euro 500.000, salvo il danno eventualmente rilevato in sede di giudizio amministrativo contabile, comminata dalla competente sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti.

In caso di mancata adozione dell'atto ricognitivo ovvero di mancata alienazione entro un anno dalla ricognizione, il socio pubblico non può esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, la medesima è liquidata in denaro in base ai criteri stabiliti all'art. 2437-*ter*, comma 2, e seguendo il procedimento di cui all'art. 2437-*quater* c.c. Nei casi di cui al sesto e al settimo comma dell'art. 2437-

quater c.c. ovvero in caso di estinzione della partecipazione in una società unipersonale, la società è posta in liquidazione. Gli obblighi di alienazione previsti dal testo unico valgono anche nel caso di partecipazioni societarie acquistate in conformità ad espresse previsioni normative, statali o regionali. Per l'attuazione dei provvedimenti di alienazione, il testo richiama l'art. 1, commi 613 e 614, legge n. 190/2014 e la procedura ivi prevista⁴.

La disposizione contenuta nell'art. 3 prova a dare una risposta all'esigenza di razionalizzazione indicando le tipologie societarie ammesse: «*le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata*». E quindi gli enti pubblici possono partecipare solo a società di capitali che ovviamente siano inquadrabili nelle due tipologie menzionate. A margine non si può non evidenziare, da un punto di vista stilistico, che il testo fa un uso promiscuo di avverbi: il comma in commento riporta il termine '*esclusivamente*', che ricorre numerose volte nel corpo del Testo Unico insieme all'avverbio '*strettamente*', utilizzato come (pleonastico) rafforzativo delle disposizioni espresse dal legislatore.

Pertanto il comma 1 dell'art. 3 deve essere letto in stretto coordinamento con il successivo art. 4 che delinea le *Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche*. Agli enti pubblici sono dunque consentite le partecipazioni strettamente necessarie che, sotto il profilo della tipologia, si configurino come S.p.A. oppure come S.r.l. e che tra l'altro perseguano quelle finalità che vengono ivi elencate. Innanzitutto devono essere solo quelle strettamente necessarie per il perseguimento dei propri fini istituzionali. Qui ritorna veramente *in plenum* il piano Cottarelli, di cui sovviene ricordare l'elenco, contenuto nella relazione, nel quale si enumeravano significativi esempi di partecipazioni 'improprie' perché non strumentali al perseguimento di fini istituzionali, quali prosciuttifici, cantine ed altre amenità⁵. In passato addirittura ho avuto uno studente che sosteneva che le discoteche potessero essere servizi pubblici perché servivano a finalità sociali, però se la finalità deve essere strettamente istituzionale, mi azzarderei a dire che un prosciuttificio, se non è riferito a una società che produce prosciutti e quindi non a un ente pubblico, non è "strettamente istituzionale". Con questa prescrizio-

⁴ Su cui R. CAMPORESI, *Il piano di razionalizzazione delle società partecipate locali nella legge di stabilità 2015*, in *Dir. dei serv. pubb.*, 2015.

⁵ IL PROGRAMMA DI RAZIONALIZZAZIONE DELLE PARTECIPATE LOCALI, presentato in data 7 agosto 2014 dal Commissario Straordinario per la revisione della spesa pubblica è consultabile in rete: http://revisionedellaspesa.gov.it/documenti/Programma_partecipate_locali_master_copy.pdf.

ne, dunque, la norma ha il chiaro obiettivo di sgombrare il campo, fissando il limite a un vincolo di scopo pubblico.

Il comma 2 dell'art. 4 precisa inoltre un vincolo di attività esperibili, stabilendo che le amministrazioni pubbliche possono costituire società o mantenere partecipazioni in società nei limiti sempre delle finalità strettamente istituzionali. Sono quelle di produrre servizi di interesse generale, quindi servizi pubblici. Possiamo dire, in altro senso, che le amministrazioni pubbliche possono progettare e realizzare opere pubbliche con accordi di programma tra amministrazioni pubbliche. Il riferimento riportato nella bozza di decreto è ancora al vecchio Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 163/2006, ma ora potremmo richiamare l'analoga disposizione contenuta nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016).

Attraverso lo strumento societario o le partecipazioni possono, inoltre, realizzare e gestire opere e servizi di interesse generale in partenariato con i privati (art. 4, comma 2, lett. c)). A tal proposito occorre un necessario rinvio e coordinamento con l'art. 17 dello stesso Testo Unico, che stabilisce che la quota di partecipazione del soggetto privato deve essere almeno pari al 30%.

Parimenti le pubbliche amministrazioni possono poi far ricorso all'autoproduzione, quindi all'*in house* (art. 4, comma 2, lett. d)) e gestire i servizi di committenza, ovvero le centrali di committenza, sostanzialmente per prestare supporto agli enti senza scopo di lucro e ad altre amministrazioni aggiudicatrici.

Vi è poi un'aggiunta (comma 3) che fa salve le società che sono costituite per valorizzare il patrimonio immobiliare: in deroga al vincolo di scopo di cui al primo comma, sono ammesse solo quelle società costituite dalle amministrazioni pubbliche finalizzate a ottimizzare e valorizzare l'utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio. Limitatamente a questi casi, le amministrazioni pubbliche possono mantenere forme di partecipazione in società di questo tipo, quindi per gestire e valorizzare il patrimonio.

Un punto centrale del Testo Unico è costituito dall'art. 5 che impone l'onere di motivazione analitica e definisce gli obblighi di dismissione qualora, evidentemente, non sussistano tutte le indicazioni che il legislatore pone a sostegno della permanenza o della costituzione di nuove strutture a partecipazione pubblica.

Onere di motivazione analitica e obblighi di dismissione: si tratta di una semplicissima indicazione del buon amministratore pubblico che impone nel caso di costituzione di una nuova società o di partecipazione ad una società che già esiste, anche a capitale misto, di spiegare molto bene (onere di motivazione analitica) perché l'amministrazione intenda perseguire tale scopo, in base alle indicazioni del Testo Unico. In altri termini è necessario che l'amministrazione pubblica motivi dettagliatamente, sulla base degli elementi previsti

dal decreto, perché l'attività del soggetto giuridico rientri e sia strumentale al perseguimento delle finalità testé velocemente menzionate. La motivazione si basa su due piani – come facilmente intuibile – quello finanziario e quello amministrativo. La terminologia utilizzata è forse un po' atecnica, ma chiara e dettagliata all'estremo, ed evoca l'immagine di un legislatore che, stremato, si arrende al fatto che, se il messaggio non passa, il problema non è dato dalla scarsa evidenza del testo di legge, quanto piuttosto dalla sordità del suo interlocutore.

Quindi l'analisi deve essere condotta sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, che è l'ambito della valutazione che da sempre esiste nel Regno Unito (che sta per uscire dell'Unione Europea e quindi non possiamo più citare come esempio “comunitario”) nota come *Best Value*, cioè l'analisi costi-benefici finalizzata ad evidenziare se sia meglio gestire in un modo o nell'altro un determinato servizio (*in house providing* o *contracting out*).

La norma impone la necessità di una dimostrazione *ex ante* dell'efficacia della scelta del modello di gestione, attraverso una valutazione analitica sui *pro* e sui *contro* della convenienza economico-finanziaria del modello prescelto. Ma non basta. Se tecnicamente questo tipo di analisi sulla convenienza economica e finanziaria già deve esistere negli enti territoriali e degli enti funzionali, sul piano amministrativo deve essere altresì valutata la compatibilità della scelta con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Sono qui ben evidenti i termini che compongono la doppia anima del nuovo soggetto giuridico, cioè la società che funziona come operatore economico e la società che funziona come amministrazione pubblica, che è una doppia anima spesso contraddittoria perché pone commistioni e problematiche assai complesse da sciogliere, e che probabilmente neppure questo Testo Unico riuscirà a superare.

Ed ancora – ai sensi del comma 2 dell'art. 5 – dall'atto deliberativo di costituzione di società o di acquisto di partecipazioni che ogni ente dovrà adottare, motivando bene, dovrà altresì emergere la compatibilità dell'intervento finanziario evidentemente sopportato dall'ente pubblico per partecipare a queste società con le norme relative agli aiuti di Stato. Senza aprire al riguardo un fronte di esame complesso, occorre ancora sottolineare che la norma impone che l'amministrazione, nell'atto deliberativo, dia atto della compatibilità con le norme sui trasferimenti finanziari che l'ente pubblico eroga a sostegno dell'attività della società. Per tale ragione questo atto deliberativo dovrà essere inviato alla Corte dei Conti, ormai coinvolta in ogni norma istituzionale, non solo in quelle che hanno rilievo finanziario. La Corte dei Conti è diventato un

vero giudice di legittimità preventiva su gran parte dell'attività amministrativa, non solo sulle scelte strategiche dell'attività degli enti pubblici ma anche – come in questo caso – su una valutazione preventiva della scelta del modello di gestione.

Con una ingerenza notevole sulle scelte organizzative della P.a., il legislatore stabilisce che l'amministrazione, prima dell'adozione, invii lo schema di atto deliberativo alle sezioni di controllo della Corte dei Conti a seconda del livello territoriale. Successivamente, superato il vaglio della Corte dei Conti, l'atto deve essere inviato all'altra autorità che si occupa di garantire la concorrenza, quindi all'*antitrust*, ovvero all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Anche in questo caso, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se riterrà la scelta anticoncorrenziale, potrà agire in giudizio secondo le norme esistenti⁶.

4. Le scelte organizzative

L'art. 6 tratta dei *Principi fondamentali sull'amministrazione e gestione delle società a controllo pubblico*. A tal proposito basti evidenziare che lo schema di Testo Unico ingerisce fortemente sulle scelte organizzative interne dei futuri enti pubblici, società partecipate da enti pubblici, perché fornisce già un modello di organizzazione minimo necessario che ogni partecipata dovrà adottare.

Anche su questo vedremo se supererà il vaglio di eventuali censure di incostituzionalità, laddove queste scelte organizzative si sovrapporranno agli ambiti di autonomia normativa o regionale o degli enti territoriali minori. L'art. 6, infatti, dispone quali siano le scelte organizzative minime, assimilando le società partecipate o controllate alle amministrazioni pubbliche anche per quanto riguarda i codici di condotta propri nella gestione dei comportamenti imprenditoriali, alla gestione dei dipendenti e così via.

Gli artt. 7, 8 e 9 si occupano, in estrema sintesi di costituire, regolare, estinguere le società e il correlato rapporto patrimoniale con gli enti pubblici.

L'art. 7 tratta della costituzione delle società. L'art. 8 di come acquistare le partecipazioni in società. L'art. 9, con una formula sibillina, si occupa di come gestire le partecipazioni pubbliche.

⁶ F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art 21 bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Nuovo dir. amm.*, n. 2/2012; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis L. n. 287/90*, in *Federalismi*, n. 12/2012.

L'unica annotazione che la brevità di questo lavoro consente è la seguente. Quando nell'atto costitutivo della nuova società è prevista la partecipazione dei privati – dice l'art. 7, comma 5 – questi vanno previamente individuati mediante l'espletamento di procedure aperte oppure, nei soli casi previsti dalla legge, di procedure competitive di negoziazione (il legislatore utilizza il gergo delle nuove direttive sugli appalti e quindi dell'art. 62 del d.lgs. n. 50/2016).

L'art. 10 si occupa delle alienazioni delle partecipazioni sociali ed i principi enunciati sono “a maglie larghe”, come già è adesso rilevabile nella legislazione vigente, e sono i principi di pubblicità, trasparenza e di non discriminazione. Quindi per dismettere o alienare una partecipazione sociale, l'operazione è effettuata nel rispetto di questi tre principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione.

In casi eccezionali e a seguito di deliberazione motivata dia comunque analiticamente atto della convenienza dell'operazione – come sopra evidenziato – con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione potrà essere effettuata mediante negoziazione diretta, in deroga alle procedure di alienazione previste dall'art. 10.

L'articolo 11 si occupa delle varie forme di *governance* interna della società. Anche in questo caso è rilevabile una forma di forte ingerenza sui sistemi di amministrazione, che meglio potrà essere evidenziata dagli studiosi di diritto commerciale. Anche in questo caso è previsto un intervento successivo con d.P.C.M., decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, a cui viene rimessa una importante scelta sui modelli di gestione interna delle società a controllo pubblico. E poi con il futuro decreto del Ministero dell'economia e delle finanze verranno definiti gli indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi per la classificazione delle medesime società.

Il decreto del Ministero dell'economia e delle finanze ha un ruolo cruciale perché deve sostanzialmente dividere le società in mano pubblica, quelle cosiddette in controllo pubblico, secondo cinque fasce (art. 11, comma 6) che sono determinanti per il controllo finanziario e soprattutto per il rispetto dei tetti di spesa. Il riferimento è all'annoso e anche politicamente strumentalizzato dibattito sul compenso degli amministratori, sui limiti e sui tetti di spesa dei compensi degli amministratori. In futuro dunque ci saranno cinque fasce, definite in base a indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi. Resta fermo l'obiettivo della razionalizzazione, finalizzata a ridurre il numero delle società (circa 5.000 solo per gli enti locali, come si apprende dal parere del Consiglio di Stato). Peraltro un numero impressionante tra queste (circa 3.000) hanno meno di 20 “coadiutori” tra dipendenti e amministratori, cioè la grande maggioranza delle società localmente individuate è costituita da quello che il Commissario per la razionalizzazione della spesa Cottarelli chiamava il “gu-

scio vuoto”, cioè sono simulacri di enti societari che non hanno nessuno o pochissimi soggetti che vi prestano la propria attività lavorano (perché se la funzione esercitata dalla società è strettamente istituzionale e sono solo 20 le persone che ci lavorano, contando gli amministratori e i dipendenti, viene quantomeno da pensare ad un errore di valutazione).

5. La responsabilità degli enti pubblici partecipanti

Infine occorre fare almeno un cenno ad un argomento che non è per nulla secondario e che è quello della responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate.

Anche qui occorrerà un po' più di chiarezza sulla distinzione tra partecipate e controllate, perché questo è un tema su cui – almeno in logica anti-corruttiva – ancora adesso c'è una confusione notevole e la tendenza degli enti pubblici, soprattutto degli enti territoriali, è, in caso di dubbio, di classificare tutte le società come controllate anche quando il controllo non c'è.

L'art. 12 è “ungarettiano” per brevità, mentre il tema trattato è complicatissimo: quello delle responsabilità. Forse la sinteticità deriva dall'inveterato insegnamento che prevede che convenga essere succinti più il tema è complicato. E allora l'art. 12 recita: *«I componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salvo il danno erariale»*. *Summa divisio* sul riparto di giurisdizione, quindi responsabilità civile e responsabilità previste dalla disciplina ordinaria del diritto societario, salvo che ci sia danno erariale. Secondo comma: *«Costituisce danno erariale esclusivamente il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti (quindi si legga: dall'ente pubblico), ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che abbiano con dolo o colpa grave trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione»*. Questo comma è sostanzialmente un riassunto di quanto la Corte di Cassazione a sezioni riunite aveva detto in quella celebre pronuncia, su cui si fecero tanti convegni, sulla ripartizione tra giudice ordinario e giudice contabile nella valutazione del danno cagionato dagli amministratori delle società⁷.

⁷ La giurisdizione della Corte dei Conti per danno erariale può coinvolgere anche i privati che mal utilizzino le risorse pubbliche: Cass., sez. un., 19 luglio 2013, n. 17660 ha condannato

Se è un danno cagionato come soci o se è un danno cagionato, invece, come enti pubblici che, quindi, ricade sul patrimonio dell'ente pubblico partecipante. Il danno erariale è quello diretto, sostanzialmente. La Corte dei Conti legge in queste indicazioni una *deminutio* del proprio ambito di giurisdizione o quantomeno invoca chiarezza, specie a fronte della più recente giurisprudenza restrittiva della Corte di Cassazione⁸.

Questo è un altro punto su cui probabilmente ci sarà bisogno di fare chiarezza: quale è il danno diretto e quale è il danno indiretto sul patrimonio dell'ente pubblico; quand'è che è trascurato il diritto di esercizio di socio e quindi il nesso, anche ideologico, che intercorre tra questa trascuratezza, tra questa omissione e il danno patrimoniale dell'ente pubblico che vi partecipa.

E poi l'art. 14 sulla crisi d'impresa e quindi le norme sul fallimento, sul concordato preventivo ed argomenti correlati, per i quali si rinvia al dato testuale.

6. Affidamenti in house (sanabili) e personale

In conclusione ancora due rapidi cenni sull'*in house* e sul personale, due temi che da soli richiederebbero molto tempo.

L'art. 16 è quello sugli affidamenti *in house* e l'art. 19 è quello sulla gestione del personale.

L'art. 16 parla di società a controllo pubblico con affidamenti diretti di contratti. Qui il legislatore usa questa locuzione un po' articolata, mentre il Codice dei contratti pubblici ha operato una scelta decisamente diversa ed ha scritto in rubrica semplicemente "*in house*", neanche "*in house providing*". Nel testo in commento, invece, si è voluto essere più puntuali, rubricando l'articolo *Società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici*. Esso ci dice quand'è ammessa la partecipazione dei privati e chiaramente riporta un recepimento delle direttive europee in tema di controllo analogo, disponendo che gli statuti prevedano che almeno l'80% del fatturato

un amministratore di società che aveva ricevuto un contributo a fondo perduto a fronte del quale non aveva realizzato l'opera promessa. Così la Cassazione ha formalizzato i presupposti necessari per il riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale. Nel merito, la Cassazione conferma che rientra nella giurisdizione dei magistrati contabili ogni soggetto che gestisce denaro pubblico, anche privato, in ragione del danno e degli scopi perseguiti con l'assegnazione di risorse finanziarie (Cass., sez. un., n. 1774/2013).

⁸ Cass., sez. un. ord., n. 7293/2016 riconosce che la Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità degli organi sociali di una società per i danni al proprio patrimonio solo quando possa definirsi "*in house*".

della società debba essere effettuata nello svolgimento di compiti affidati dell'ente pubblico.

Ma c'è un punto dolente: cioè l'*in house* deve realizzare almeno l'80% del fatturato *a favore* degli enti pubblici che lo hanno costituito, un 20% può farlo sul mercato.

A tal proposito, in Italia c'è sempre il dubbio se sia "sanabile" oppure no il mancato rispetto del limite dell'80% del fatturato. C'è un comma 6, che il Consiglio di Stato ha censurato richiamando alla legalità sostanziale, che dice che la società può sanare le irregolarità se non rispetta l'80% di fatturato a favore degli enti pubblici, entro tre mesi dalla data in cui si è manifestato, se rinuncia a una parte di rapporti di fornitura con i soggetti terzi e quindi rientra *in house* e abbandona la tentazione del mercato, *sciogliendo* (il termine tecnico non aiuta) i rapporti contrattuali. Il termine *sciogliendo* fa pensare di nuovo al dismettere *ex lege* di cui accennammo sopra. Ma in questo caso è ancora peggio sotto il profilo della gestione amministrativa dello 'scioglimento' da parte dell'ente pubblico e della società che deve deliberare. Certamente, sciogliendo i relativi rapporti, le attività precedentemente affidate alla società controllate dovranno essere riaffidate dall'ente o degli enti pubblici soci mediante procedure competitive, entro sei mesi successivi. Qui, però, non resta che la resa. Sostanzialmente, dopo aver propugnato sin dall'inizio i principi di efficienza, di economicità, ma soprattutto di legalità sostanziale, si ammette *ex lege* il condono dell'*in house* "in deroga", perché adesso si chiamerà così una *in house* al di là dei limiti sanciti dalle direttive dell'Unione, purché si rimetta in linea con gli obblighi di evidenza pubblica, nei sei mesi successivi. Tra l'altro questa operazione, che prevede una tempistica di tre mesi più sei mesi, porta via nove mesi di tempo per rispettare e reintegrare la legalità violata, ammesso che sia un modo di riparazione in forma specifica. Peraltro non è prevista una forma specifica per reintegrare il diritto violato e l'Unione Europea potrebbe avanzare dei rilievi su una prescrizione che si discosta dalle disposizioni sovranazionali.

Da ultimo un breve cenno sul personale (art. 19). Nella prospettiva della razionalizzazione delle società, resta vivo il problema della ricollocazione del personale eccedente. Secondo l'art. 19, comma 8 quando le amministrazioni reinternalizzano le funzioni di servizi prima affidati alle società "sciolte", dovranno riassorbire esse stesse le unità di personale, già dipendenti a tempo indeterminato, mediante l'utilizzo delle procedure di mobilità. Tuttavia il riassorbimento del personale può essere disposto nei limiti dei posti vacanti nell'organico delle amministrazioni interessate e nell'ambito, ovviamente, delle facoltà assunzionali disponibili. Posto che le facoltà assunzionali sono, da ultimo, assai limitate e che questo personale ha un diritto di essere riassorbito,

sussiste da un lato il limite finanziario e dall'altro l'ulteriore limite del previo esperimento del concorso pubblico, perché anche la Corte dei Conti ha iniziato richiamare il principio costituzionale che dice che gli enti pubblici, per acquisire personale dall'esterno (e questo personale è esterno perché appartiene ad enti formalmente ed anche giuridicamente distinti) deve fare un concorso pubblico. Quale sarà la soluzione che potrà conciliare entrambe le esigenze non è allo stato prevedibile.